Unentgeltliche Verfügungen des Testamentsvollstreckers im Grundbuchverkehr.

Ein Beitrag zu § 2205 Satz 3 BGB.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Albert Lomnitz

Referendar.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Liegnitz

Buch- und Kunstdruckerei H. Krumbhaar

1910.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Leonhard.
Korreferent: Professor Dr. Meyer.

Meiner lieben Mutter!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543115_0056

Inhaltsangabe.

A. Einleitung.

Seite

§ 1. Bestimmung einzelner für das Verständnis des Themas erforderlicher Begriffe 1

B. Allgemeiner Teil.

1. Abschnitt.

Die in § 2205 BGB. den Verfügungen des Testamentsvollstreckers gesetzte Schranke ist keine Verfügungsbeschränkung im Sinne der §§ 134, 135 und 137 BGB.

§ 2. Sie ist keine rechtsgeschäftliche, also keine Verfügungsbeschränkung im Sinne des § 137 BGB. 5

§ 3. Sie ist vielmehr eine gesetzliche, aber keine Beschränkung im öffentlichen Interesse, also keine im Sinne des § 134 BGB. 6

§ 4. Sie ist eine Beschränkung zugunsten bestimmter Personen, aber kein bloßes Veräußerungsverbot im Sinne des § 135 BGB. 9

2. Abschnitt.

Die den Verfügungen des Testamentsvollstreckers in § 2205 Satz 3 BGB. gesetzte Schranke ist eine Beschränkung besonderer Art. Sie ist aber keine Verfügungsbeschränkung, sondern eine Beschränkung der Verfügungsmacht.

§ 5. Zwei Vorfragen: 14

a. Der Unterschied zwischen der Beschränkung des Testamentsvollstreckers und der des Vorerben.

b. Die geschichtliche Entwickelung des § 2205 BGB.

§ 6. Der Testamentsvollstrecker handelt bei einem Verstoß gegen die in § 2205 Satz 3 BGB. gesetzte Schranke als Nichtberechtigter 19

§ 7. Die Beschränkung der Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers ist keine Beschränkung im Sinne des § 161 BGB. 20

§ 8. Wirkungen: 22

a. Die unentgeltlichen Verfügungen des Testamentsvollstreckers können nach § 185 BGB. konvaleszieren.

b. Der gutgläubige Erwerber wird geschützt.

C. Besonderer Teil.

§ 9. Im Grundbuchverkehr hat der Testamentsvollstrecker die Eintragungsbewilligung zu geben. 25
§ 10. Der Grundbuchrichter hat das der Eintragungsbewilligung zugrunde liegende Causalgeschäft zu prüfen 26
§ 11. Der Nachweis der Unentgeltlichkeit des Causalgeschäfts nach § 29 GBO. 28
§ 12. Konvaleszenz der unentgeltlichen Verfügungen des Testamentsvollstreckers im Grundbuchverkehr 34
§ 13. Geltendmachung der Rechte der durch die unentgeltlichen Verfügungen des Testamentsvollstreckers Verletzten . . . 38

Literaturverzeichnis.

Ahlbrecht: Die Stellung des Vorerben, besonders im Prozesse. Diss. Halle 1902.

Annalen des Königl. Sächs. Oberlandesgerichts. Bd. 24.

Binder: Die Rechtsstellung des Erben. II. Teil. Leipzig 1903.

Boehm: Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Hannover 1906.

Borcherdt: Das Erbrecht und die Nachlaßbehandlung. II. Aufl. Bd. I. Breslau 1907.

Brachvogel: in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 50, 51.

Brütt: Das rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbot nach gemeinem Recht und BGB. Berlin 1900.

Corpus iuris civilis. (Krueger-Mommsen.) Berlin 1897.

Cosack: Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts. III. Aufl. Jena 1900.

Crome: System des BGB. I. Bd. Tübingen-Leipzig 1900.

Denkschrift zur Grundbuchordnung, vgl. Mugdan-Hahn: Materialien.

Dernburg: Das Preußische Hypothekenrecht. II. Abt. Leipzig 1891.

Dernburg: Das Bürgerliche Recht. Bd. V. 1906.

Deutsche Juristenzeitung: Jahrgang 1901, 1902, 1905.

Doehl: in Gruchots Beiträgen. Bd. 50.

Eccius: in Gruchots Beiträgen. Bd. 47.

Endemann: Recht der Schuldverhältnisse. 9. Aufl. 1903.

Engelmann: Das Bürgerliche Recht Deutschlands. IV. Aufl. Berlin 1905.

Enneccerus-Lehmann: Das Bürgerliche Recht. Marburg 1898.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. [E. R. G.]

Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit etc. zusammengestellt im Reichs-Justizamt.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch. Handausgabe. VII. Aufl. München 1906.

Fischer: Grundbuchordnung für das Deutsche Reich. V. Aufl. Berlin 1909.

Förster: Über die Stellung, Rechte und Pflichten des Testamentsvollstreckers nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Im Sächs. Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß. Bd. XII. Leipzig 1902.

Förster: Einzelne Betrachtungen über die dingliche Einigung. In Das Recht. Bd. VII. Hannover 1903.

Frommhold: Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1900.

Fuchs-Arnheim: Grundbuchrecht. Bd. II. Berlin 1908.

Fuchs: Zur Lehre von der Eintragung. In Festgabe für Wilke. Berlin 1900.

Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Berlin 1905-1908.

Groth: Die Nacherbschaft nach BGB. Diss. Rostock 1900.

Güthe: Die Grundbuchordnung. Bd. I u. II. Berlin 1905.

Hachenburg: Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. II. Aufl. Mannheim 1900.

Hachenburg: Unentgeltliche Verfügungen des Vorerben zugunsten des Nacherben. In Zeitschrift des Deutschen Notarvereins. Jahrg. 1906.

Herold: Wie wirken im Grundbuchrechte die Verfügungsbeschränkungen zugunsten bestimmter Personen? Im Sächs. Archiv für Rechtspflege. Jahrg. I. Leipzig 1906.

Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts. [J. E. K. G.] (Johow-Ring.)

Jastrow: Die Rechtsprechung über den befreiten Vorerben etc. In Zeitschrift des Deutschen Notarvereins. Jahrg. 1906.

Jastrow: Die Gesetze des Reichs und Preußens über die freiwillige Gerichtsbarkeit. IV. Aufl. Berlin 1906.

Juristische Wochenschrift. Jahrg. 1902.

Kretzschmar: Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Leipzig 1906.

Landsberg: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. I. Berlin 1904.

Leonhard: Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1900.

Maitland: Trust und Korporation. In Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. Wien 1904. Bd. 32.

Martinius: Notwendigkeit der Eintragung des Rechts des Nacherben im Grundbuch vor Übertragung von Rechten seitens des befreiten Vorerben. In Zeitschrift des Deutschen Notarvereins. Jahrg. 1903.

Meyer: Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Lief. I—V. Marburg 1904/1905.

Motive etc.: vgl. Mugdan, Materialien etc.

Mugdan: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1899.

Mugdan-Hahn: Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen. Bd. V. (Materialien zur Grundbuchordnung.) Berlin 1897.

Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. II. 3. Aufl. 1903.

Oberneck: Das Reichsgrundbuchrecht. Bd. I u. II. 4. Aufl. Berlin 1909.

Philipp: Das vertragsmäßige Veräußerungsverbot als dingliche Dispositionsbeschränkung nach gegenwärtigem und künftigem Rechte. In Seufferts Blätter für Rechtsanwendung. Bd. 64. 1899.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. I. 3. Aufl. Berlin 1903. Bd. III. 3. Aufl. 1906. Bd. V. 1./2. Aufl. 1902. 3. Aufl. 1908.

Posener Juristische Monatsschrift. Jahrg. 1901.

Predari: Die Grundbuchordnung. Berlin 1907.

Protokolle etc.: vgl. Mugdan, Materialien etc.

Das Recht: Jahrg. 1903, 1908 etc.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. [O. L. G.] (Mugdan - Falkmann.) Leipzig.

Reichel: Das letztwillige Veräußerungsverbot im Deutschen Bürgerl. Gesetzbuch. Im Sächs. Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß. Bd. XII. 1902.

Schleiffer: Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers. Diss. Breslau 1908.

Schott: Die Veräußerungsverbote und Resolutivbedingungen im Bürgerlichen Recht. Breslau 1905.

Schröder: Zur Lehre von den gesetzlichen Veräußerungsverboten. Heidelberg 1875.

Schultze: Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung. In Gierkes Untersuchungen. 1895.

Schultze: Treuhänder im geltenden Bürgerlichen Recht. Abdruck aus Iherings Jahrbüchern. Jena 1901.

Schulz: Der Begriff der Verfügung im bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Breslau 1903.

Seligsohn: Der Begriff der privatrechtlichen Verfügung unter Lebenden im Bürgerlichen Gesetzbuch etc. Diss. Rostock 1903.

Seufferts Blätter für Rechtsanwendung. Band 73. [Bl. f. R. A.]

Sohm: Der Gegenstand. In Drei Beiträge zum Bürgerlichen Recht. Ehrengabe für Degenkolb. Leipzig 1905.

Springguth: Die Rechtsverhältnisse zwischen Vorerben und Nacherben. Diss. Greifswald 1903.

Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1. 3./4. Aufl. 1907. Bd. V. 3./4. Aufl. 1908/09.

Strohal: Das Deutsche Erbrecht. 3. Aufl. Berlin 1903.

Sydow-Busch: Zivilprozeßordnung. 10. Aufl. Berlin 1905.

Thiesing: Einige Bemerkungen über das Verhältnis zwischen Vorerben und Nacherben. Im Archiv für die Zivilist. Praxis. Bd. 94.

Turnau-Förster: Das Liegenschaftsrecht. Band II. (Die Grundbuchordnung.) 3. Aufl. Paderborn 1906.

Weber: Die Verfügungsbeschränkungen und ihre Wirkungen im Grundbuchverkehr. In Zeitschrift des Deutschen Notarvereins. Bd. 7. Halle 1907.

Weber: Die befreiten Vorerben im Freiheitskampfe gegen Kammergericht und Reichsgericht. In Zeitschrift des Deutschen Notarvereins. Jahrg. 1906.

Wendt: Erwerb von einem Nichtberechtigten. Im Archiv für die Zivilist. Praxis. Bd. 89.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch der Pandekten. I. Bd. 9. Aufl. Frankfurt a. M. 1906.

Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit etc. (Lobe.) [Z. F. G.].

v. Ziegesar: Der Begriff der privatrechtlichen Verfügung unter Lebenden im Bürgerlichen Gesetzbuch etc. Diss. Rostock 1902.

Zitelmann: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Allgemeiner Teil. Leipzig 1900.

A. Einleitung.

§ 1.

Der § 2205 BGB. bestimmt: „Der Testamentsvollstrecker (T. V.) hat den Nachlaß zu verwalten. Er ist insbesondere berechtigt, . . . über die Nachlaßgegenstände zu verfügen. Zu unentgeltlichen Verfügungen ist er nur berechtigt, soweit sie einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen.“[1])

Zu mehreren in dem Paragraphen vorkommenden, teilweise streitigen Begriffen muß zunächst eine kurze Bestimmung gegeben werden, um in den folgenden Erörterungen diese Begriffe als feststehende anwenden zu können:

„Unter Verfügung verstehen Wissenschaft und Rechtsprechung jede gewollte, unmittelbare Begründung, Änderung oder Aufhebung einer dem Verfügenden zustehenden Rechtsgewalt auf Grund vorangehender Verpflichtung oder ohne solche.“[2])

„Unentgeltlichkeit“, die causa lucrativa der Digesten,[3]) liegt vor bei privatrechtlich verpflichtenden Zuwendungen von Vermögenswerten, ohne, oder höchstens mit einer un-

---

[1]) Derartige unentgeltliche Verfügungen des T. V., die weder einer sittlichen Pflicht, noch einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen, werden in der Praxis im allgemeinen nur selten vorkommen, beschäftigen aber doch bisweilen vor allem den Grundbuchrichter und zwar besonders bei Pfandentlassungserklärungen von Testamentsvollstreckern, die mit der Verwaltung von Grundstücken betraut sind.

[2]) Staudinger, Kommentar I 3/4. Aufl. S. 337. Landsberg, Das Recht des BGB. 1904 I S. 160. Jahrbuch der Entsch. d. KG. Bd. 33 S. A 167. Auch zu folgern aus Mot. Bd. I S. 128,9.

[3]) D. 44,7 l. 17 u. 19. 45,1 l. 83 § 6. 19,1 l. 13 § 15.

verhältnismäßig geringen Gegenleistung,[1]) und ohne Absicht der Verbindlichkeitserfüllung.[2])

Daraus geht zugleich hervor, daß entgeltlich oder unentgeltlich nie die Verfügung selbst sein kann, die rein dinglichen Charakter hat, vielmehr nur der der Verfügung zu Grunde liegende obligatorische Vertrag.[3]) Somit ist der vom BGB. gebrauchte Ausdruck „unentgeltliche Verfügung"[4]) nur eine technische Abkürzung für den Begriff: Verfügung auf Grund eines unentgeltlichen Causalgeschäftes.

Der Begriff derjenigen unentgeltlichen Verfügungen, die einer auf den Anstand oder eine sittliche Pflicht zu nehmenden Rücksicht entsprechen, läßt sich streng juristisch nicht bestimmen.[5]) Die Begrenzung der vom Beklagten vorzubringenden diesbezüglichen Einrede unterliegt nach Lage des konkreten Falles dem freien Belieben des Richters.

Bei den zahlreichen Abweichungen, die in Wissenschaft und Praxis der Gebrauch der Begriffe „Unwirksamkeit" und „Nichtigkeit" erfährt, soll auch eingangs noch erwähnt werden, in welchem Sinne diese im folgenden oft herangezogenen Begriffe hier gebraucht werden:

Da nach Leonhard,[6]) dessen Definitionen hier zu Grunde gelegt werden, die „Unwirksamkeit" an sich der höhere Begriff ist, von dem die Nichtigkeit nur einen Teil bildet, das BGB. aber andererseits eine von der Nichtigkeit verschiedene Unwirksamkeit kennt, so ist zwischen einem weiteren und einem engeren Unwirksamkeitsbegriff zu unterscheiden. Nur die engere Unwirksamkeit, d. h. diejenige, die der Nichtigkeit nicht über-, sondern gleichgeordnet ist,

[1]) Vgl. Planck, Das BGB. II 3. Aufl. S. 444. Crome, System des BGB. I, 00. S. 320, Entsch. i. Angel. d. freiw. Gerichtsbark. Bd. VIII S. 145. ERG. Bd. 62 S. 44.

[2]) Vgl. Rechtspr. d. OLG. VI S. 369.

[3]) Vgl. Jahrb. d. E. d. KG. 33 S. A 167.

[4]) BGB. §§ 330, 680, 822, 2113, 2205, 2273.

[5]) Prot. d. Komm. z. 1. Entw. S. 695. Hachenburg: Vortr. üb. d. Bürgerl. Recht S. 65 ff.

[6]) Leonhard: Allgemeiner Teil des Bürgerl. Gesetzb. S. 428 ff.

kommt in folgendem in Betracht. Der Unterschied zwischen der Nichtigkeit und diesem beschränkten Begriff der Unwirksamkeit liegt dabei nach Leonhard,[1]) übereinstimmend mit Zitelmann,[2]) und im Gegensatz zu anderen Schriftstellern,[3]) darin, daß „unwirksam" solche Rechtsgeschäfte sind, deren Wirkungslosigkeit aus dem Inhalte des betreffenden Geschäftes selbst entspringt, während Nichtigkeit immer nur eine kraft Gesetzes hervorgerufene Vernichtung des betreffenden Geschäfts bezeichnet.

In diesem Sinne werden auch im folgenden die Begriffe „relative" und „absolute" Unwirksamkeit bzw. Nichtigkeit Anwendung finden, je nachdem die Kraftlosigkeit des Rechtsgeschäfts eine teilweise oder gänzliche ist. Dabei soll für die folgenden Ausführungen insbesondere darauf hingewiesen werden, daß — eine Folge der Unstimmigkeit über die Begriffe Nichtigkeit und Unwirksamkeit — die in der Literatur, so von Crome und Staudinger,[4]) als unwirksam bezeichneten Rechtsgeschäfte meistens in einem engeren Sinne angewandt werden, der sich mit den sonst, z. B. von Windscheid-Kipp, Cosack und Matthias „relativ nichtig" genannten, deckt.[5])

---

[1]) Leonhard: S. 433ff.

[2]) Zitelmann: S. 101.

[3]) Enneccerus-Lehmann: S. 130. Goldmann-Lilienthal: S. 67ff. Cosack: I S. 155 ff.

[4]) Staudinger, Komm. I S. 329. Crome, Bd. I S. 350.

[5]) Windscheid-Kipp, Pand. Bd. I S. 432ff. Cosack, Lehrb. d. BGB. I 3. Aufl. S. 156 Ziff. Ib. Matthias, I § 55.

B. Allgemeiner Teil.

Erster Abschnitt.

Was bedeutet nun die den Verfügungen des T. V. in § 2205 Satz 3 BGB. gesetzte Schranke zunächst im allgemeinen, d. h. welcher Art ist ihre rechtliche Natur und welche Wirkungen hat sie?

Bei den Sondervorschriften über den T. V. ist im BGB. von Beidem nichts gesagt. Man wird deshalb auf entsprechende Bestimmungen im Allgemeinen Teil zurückgreifen müssen, da die Vorschriften des Allgemeinen Teils des BGB. nach ihrem Inhalt und ihrer Stellung im System in dem besonderen Teile Anwendung zu finden haben.[1])

Die etwa aus dem Allgemeinen Teil inbetracht kommenden Beschränkungen sind statuiert in den §§ 134, 135, 137. Sie unterscheiden sich in Voraussetzung, Art und Wirkung. Stimmen die Voraussetzungen der Beschränkung in § 2205 S. 3 BGB. ihrer rechtlichen Natur nach mit denen eines dieser Paragraphen überein, so wird das Wesen der betreffenden Beschränkung dasjenige der in § 2205 BGB. gesetzten Schranke charakterisieren, und die dort vorgeschriebenen Wirkungen werden auf die Beschränkungen des Testamentsvollstreckers analog anzuwenden sein Gliche also das Wesen der Beschränkung des § 2205 S. 3 BGB. der des § 134 BGB., so wäre die unentgeltliche Verfügung des T. V. absolut nichtig; bei Bezugnahme auf § 135 BGB. relativ unwirksam; bei § 137 BGB. nach außen vollwirksam, der T. V. würde sich nur den Berechtigten gegenüber nach § 249ff BGB schadenersatzpflichtig machen.

[1]) RGE. Bd. 54 S. 366.

§ 2.

Bei Prüfung der rechtlichen Natur der Beschränkung des Testamentsvollstreckers scheidet zunächst diejenige Art von Verfügungsbeschränkungen aus, die die Voraussetzung der Bestimmungen des § 137 BGB. bildet:

Das Merkmal des § 137 BGB. besteht darin, daß die Beschränkung der Verfügung eine rechtsgeschäftliche ist. Was nun die Beschränkung des T. V. betrifft, so behandeln die Motive zwar die Frage, was eine rechtsgeschäftliche Beschränkung sei, ohne sie indessen mit Entschiedenheit zu beantworten.[1]) Danach „werde die Beschränkung freilich durch das Gesetz normiert und könne insofern eine gesetzliche genannt werden. Aber das Gesetz knüpfe die Beschränkung an das Vorhandensein eines gewissen Rechtsverhältnisses, und dieses beruhe auf Rechtsgeschäft".

Diese Merkmale treffen aber auf die Beschränkung des T. V. nicht zu: den Begriff des Rechtsgeschäfts bestimmen die Motive [2]) dahin: „Rechtsgeschäft sei (im Sinne des Entwurfs) eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, der nach der Rechtsordnung deswegen eintrete, weil er gewollt sei". Diese Definition gilt auch für das BGB.[3]) In der durch letztwillige Verfügung des Erblassers geschehenen Einsetzung eines T. V. ist allerdings die zu dem Begriff des Rechtsgeschäfts erforderliche Parteiwillenserklärung zu erblicken. Der gewollte, mit rechtlicher Wirkung ausgestattete Erfolg ist aber höchstens der, daß der T. V. überhaupt über den Nachlaß auf Grund des § 2205 Satz 2 BGB. verfügen darf: Denn es liegt im freien Willen des Erblassers, ihm die Verfügungsmacht zu geben oder zu entziehen (§ 2208 BGB.). Der mit rechtlicher Wirkung ausgestattete Erfolg ist also ein gewollter. Im Gegensatz zu Satz 2 enthält aber Satz 3 § 2205 BGB. kein dispositives Recht. Wollte der Erb-

---

[1]) Motive Bd. III S. 219.

[2]) Mot. Bd. I S. 126 (vor § 64).

[3]) Engelmann, Das Bürgerliche Recht Deutschlands S. 89.

lasser die Verfügungsmacht des T. V. über die dort gesetzte Schranke hinaus erweitern, so fehlte nach allgemeiner Ansicht[1]) dieser Willenserklärung die rechtliche Wirkung des gewollten Erfolges. Dafür spricht auch die in § 2207 Satz 2 BGB. gegebene Bestimmung, daß die sonstige durch letztwillige Verfügung dem Testamentsvollstrecker gewährte Freiheit in der Eingehung von Verbindlichkeiten beschränkt wird auf den Kreis der entgeltlichen Rechtsgeschäfte. Auch schon die Motive[2]) geben der Anschauung Raum, der Erblasser könne die Rechte des Vollstreckers nicht über den vom Gesetz bestimmten Machtkreis hinaus erweitern. Sie folgern diese Ansicht ohne spezielle Begründung mittelbar aus dem Wortlaut des § 1905 1. Entw. (2208 BGB.). Zu demselben Ergebnis gelangt die zweite Kommission, wenn die Protokolle[3]) sagen, die Testamentsvollstreckung sei kein abstraktes Institut. „Der Testamentsvollstrecker habe und könne nicht mehr Rechte haben, als ihm das BGB. beilege." Die Begründung dieser Ansicht geht dahin, „daß der Entwurf überall davon ausgehe, eine Machtstellung mit dinglicher Wirkung könne nur in den vom Gesetz zugelassenen Fällen übertragen werden. Was der Erblasser also einem Dritten an Rechten nicht einräumen könne, könne er auch dem Vollstrecker nicht übertragen."

Versagt also das Gesetz hier der Erklärung des Handelnden die gewollte Wirkung, so ist eine Konstruktion der Beschränkung des Testamentsvollstreckers gemäß § 2205 BGB. auf der Basis, daß sie eine rechtsgeschäftliche sei, ausgeschlossen. Somit ist ein Vergleich mit der Beschränkung im Sinne des § 137 BGB. deswegen unmöglich.

§ 3.

Im Gegensatz zu § 137 BGB. handeln die §§ 134, 135 BGB. von Beschränkungen im Verfügen, die auf Gesetz beruhen.

[1]) Vgl. dazu Planck, V. 3. Aufl. S. 401 Ziff. 3. Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht II S. 597.

[2]) Motive Bd. V S. 229 und 241.

[3]) Vgl. Prot. S. 7132.

Daß auch das Verfügungsverbot des Testamentsvollstreckers nach § 2205 S. 3 BGB. unter die gesetzlichen falle, begründet Planck,[1]) indem er sich auf die Motive[2]) stützt, soweit sie — wie schon hervorgehoben wurde — die rechtsgeschäftlichen Verfügungsverbote überhaupt zu charakterisieren suchen. Planck, dem in seinen Ausführungen durchaus beizustimmen ist, legt dar: Was unter einem rechtsgeschäftlichen Verfügungsverbot zu verstehen sei, gehe deutlich aus dem Wortlaut des § 137 BGB. hervor. Diese Begriffsbestimmung setze aber einen ganz anderen rechtlichen Zustand voraus, als wenn sich nur mit gewissen Rechtsverhältnissen, die der Privatwillkür ihre Entstehung verdanken, vom Gesetz normierte Verfügungsverbote verbänden. Diese könnten dann füglich nicht mehr als rechtsgeschäftliche, sondern nur als gesetzliche bezeichnet werden. In diesem Sinne seien also derartige Beschränkungen nicht bloß, wie die Protokolle[3]) als Beispiel anführen, diejenigen des § 2211 BGB. Vielmehr lasse sich der darin enthaltene Gedanke verallgemeinern, und so seien überhaupt alle Beschränkungen gesetzliche zu nennen, die aus bedingten oder befristeten Verhältnissen hervorgehen. Also wäre nach Planck auch die Beschränkung des T. V. eine gesetzliche, da dessen Einsetzung nach der Ansicht Plancks ein resolutiv bedingtes oder befristetes Rechtsverhältnis genannt werden kann. Diese Ansicht wird auch sonst mehrfach in der Literatur[4]) vertreten.

Die Nichtgleichheit der in § 2205 BGB. dem T. V. gesetzte Schranke zunächst mit der dem § 134 BGB. zugrundeliegenden Beschränkung ergibt sich aus Folgendem: Die gesetzlichen Verbote von Rechtsgeschäften, von denen § 134 BGB. spricht, sind dem öffentlichen Interesse zu dienen bestimmt. Die Terminologie des BGB.[5]) kennt nun

---

[1]) Planck, III S. 78.
[2]) Motive Bd. III, S. 219.
[3]) Protokolle Bd. I S. 125.
[4]) Vgl. dazu Goldmann-Lilienthal Bd. I S. 175 Anm. 6.
[5]) Fischer-Henle, § 134 Anm. 2. Staudinger I S. 435.

für die im allgemeinen Interesse erlassenen Verfügungsverbote die Formeln „kann nicht“ (bezw. kann nur) und „ist unstatthaft“. Beide Ausdrücke sind in § 2205 BGB. nicht zur Anwendung gelangt. Daraus läßt sich schon äußerlich schließen, die den Verfügungen des T. V. gesetzte Schranke gleicht nicht der des § 134 BGB. Das geht aber noch aus anderem hervor: Zwar übt nach der Ansicht von Fischer,[1]) der den T. V. einen „Verfüger über fremde Rechte“ nennt, der T. V. seine Aufgabe nicht in einem auf bestimmte Personen beschränkten, sondern im allgemeinen Interesse aus. Diesen Schluß kann man aber m. E. aus der, auch von Fischer vertretenen, herrschenden Meinung, daß der Testamentsvollstrecker nicht als Vertreter, sondern als Inhaber eines Amtes (also als Verfüger über fremde Rechte) anzusehen sei, nicht ziehen. Denn es liegt nicht im Begriffe der Amtsgewalt, daß der Inhaber des Amtes alle Befugnisse im öffentlichen Interesse ausübt. Dann müßte z. B. auch der Vormund, dessen Rechte als amtliche bezeichnet werden,[2]) alle seine Verfügungen im öffentlichen Interesse treffen. Die Beschränkung dieser Verfügungen würde also zum Schutze der Öffentlichkeit eingeführt sein. Dieser Auffassung hat aber der Gesetzgeber selbst offenbar vorbeugen wollen. Denn z. B. § 1804 BGB., der von der den Verfügungen des Vormunds gesetzten Schranke handelt, erklärt nicht schlechtweg alle unentgeltlichen Verfügungen des Vormunds für nichtig[3]) („kann nicht Schenkungen machen“), sondern nur insoweit, als der Vormund die Schenkung „in Vertretung des Mündels“ macht. Also nur soweit der Vormund als Vertreter des Mündels schenkt, verletzt er öffentliche Interessen. Nun soll hier auf die rechtliche Natur des Testamentsvollstreckers nicht näher eingegangen werden; wie aber schon eben erwähnt, geht in der Literatur

[1]) Fischer-Henle Anm. vor § 164 BGB.
[2]) Fischer-Henle, Bem. vor § 1773.
[3]) Fischer-Henle Anm. 1 zu § 1804.

die herrschende Meinung dahin,[1]) daß der Testamentsvollstrecker seit Geltung des BGB. als Vertreter des Erben nicht mehr anzusehen ist. Es ist ihm ja sogar gestattet,[2]) den Willen des Erblassers eventuell gegen den Willen des Erben durchzusetzen. Ist aber der T. V. nicht Vertreter des Erben, sondern handelt er kraft eigenen Rechtes, so liegen die rechtlichen Verhältnisse des § 2205 S. 3 BGB. schon in den Voraussetzungen ganz anders, als im § 1804 BGB. Wenn aber die den Verfügungen des Testamentsvollstreckers in § 2205 BGB. gesetzte Schranke nicht zum Schutze öffentlicher Interessen errichtet ist, so ist sie aus diesem Grunde auch nicht der im § 134 BGB. aufgestellten Art der den Verfügungen des T. V. gesetzten Beschränkungen zu vergleichen. Aus dem eben erwähnten Grunde fällt aber auch die Anschauung, die Neumann[3]) von der Bedeutung der den Verfügungen des T. V. gesetzten Schranke hat. Denn Neumann setzt die Fälle der Beschränkung in § 2205 und 1804 BGB. gleich, welche Annahme — wie gezeigt wurde — irrig ist.

§ 4.

Die Beschränkung der Verfügungen des T.V. in § 2205 BGB. dient vielmehr dem Schutze bestimmter Personen.

Wer diese Personen sind, geht aus dem Wortlaute des Gesetzes nicht hervor. Nach der von dem KG.[4]) mehrfach und auch sonst in der Literatur[5]) vertretenen Meinung sind die an der Beschränkung der Verfügungen des Testamentsvollstreckers interessierten Personen die Erben, Nachlaßgläubiger und Vermächtnisnehmer. Das KG. begründet diese Ansicht damit, daß der T. V. nach § 2203 BGB. die

---

[1]) Vgl. Lit. bei Schleiffer: Die Rechtstellung des T. V. S. 53 ff. J. E. KG. Bd. 24 S. A 106.

[2]) Fischer-Henle, Vorbem. zu § 2197.

[3]) Neumann, Handausg. d. BGB. II S. 575, Bem. 2 zu § 2205 BGB.

[4]) J. E. KG. 30 S. A 90, 33 S. A 173.

[5]) Oberneck, II S. 597.

letztwilligen Verfügungen des Erblassers auszuführen und nach den §§ 2204, 2046 BGB. die Befriedigung der Vermächtnisnehmer herbeizuführen habe. Dem ist beizustimmen. Zwar sagt § 327 ZPO.: „Ein Urteil, das zwischen dem T.V. und einem Dritten über ein der Verwaltung des T.V. unterliegendes Recht ergeht, wirkt für und gegen den Erben". Aus dieser Vorschrift ist aber für den Kreis derjenigen Personen, zu deren Schutz der T. V. bestellt ist, nichts zu folgern. Sie soll nur, wie die Motive[1]) hervorheben, da der T.V. Inhaber eines Amtes, nicht Vertreter des Erben ist, die Wirksamkeit des Urteils auch gegenüber dem Erben aus praktischen Gründen herbeiführen. Als die durch § 2205 BGB. geschützten Personen werden also Erben, Nachlaßgläubiger und Vermächtnisnehmer anzusehen sein.

Das bisher gewonnene Ergebnis bei Untersuchung der Bedeutung der dem T.V. in § 2205 BGB. gesetzten Schranke ist also, daß es sich um eine Beschränkung zugunsten bestimmter Personen handelt. Insoweit würde also die Beschränkung des T. V. dem in § 135 BGB. behandelten Verfügungsverbote gleichen. Indessen steht dem in anderer Beziehung ein Hindernis entgegen:

Der § 135 BGB. trifft nämlich nur Anordnungen für den Fall, daß eine Verfügung über einen Gegenstand gegen ein gesetzliches Veräußerungsverbot verstößt, das den Schutz bestimmter Personen bezweckt. Es ist nun aber unbestritten,[2]) daß die Veräußerungsverbote nur einen Teil der Verfügungsverbote ausmachen, und daß, wenn auch die Veräußerung eines Gegenstandes verboten ist, damit noch nicht die Belastung des Gegenstandes getroffen wird. Nach den Motiven[3]) liegt aber ein die Veräußerungs- und die Belastungsverbote umfassendes Verfügungsverbot vor, wenn jemandem zum Schutze der Interessen eines anderen verboten wird, ganz oder teilweise über ein Recht zu verfügen, also nicht nur: das Recht zu veräußern, sondern auch zu

[1]) Mot. z. Änderung d. ZPO. S. 111.
[2]) Fischer-Henle, Anm. 2 zu § 134.
[3]) Motive Bd. III S. 216.

belasten. Einen derartigen Umfang hat aber nach dem Wortlaute des § 2205 BGB. offenbar die Beschränkung des T. V., sodaß deshalb ein Vergleich der Beschränkungen in §§ 2205 und 135 BGB. nicht angebracht ist.

Trotzdem nehmen Dernburg und Frommhold[1]) an, die Bedeutung der Beschränkung des T.V. sei der Beschränkung des § 135 gleichzustellen. Der einzige Grund, der für die Ansicht dieser Schriftsteller sprechen könnte, daß nämlich das BGB. selbst diesen offenbaren Unterschied zwischen Veräußerungs- und Verfügungsverbot und Beschränkung der Verfügung[2]) außer Acht läßt, ist aber nicht stichhaltig. Das BGB. hat allerdings scheinbar diese Begriffe in den §§ 878, 892, 894 BGB. und § 22 GBO. zu einem einzigen Begriffe, der Beschränkung der Verfügung, zusammengefaßt und sie in den angegebenen Paragraphen auch unterschiedslos behandelt. Indessen weist Herold[3]) an der Hand der Motive[4]) überzeugend nach, daß die Motive den oben dargelegten Unterschied noch genau festgehalten haben, daß aber in der zweiten Kommission in die beiden Begriffe Verwirrung gebracht wurde, die sich auch in das BGB. eingeschlichen hat, sodaß auch die Literatur einige Zeit leicht davon beeinflußt werden konnte: Die Motive[5]) unterscheiden nämlich noch genau zwischen einer dinglich wirkenden Beschränkung der Verfügungsmacht und dem persönlich wirkenden Veräußerungsverbot, wenn sie sagen, „die Unwirksamkeit, die sich an den Verstoß gegen ein relatives Veräußerungsverbot knüpft, könne nur von dem geltend gemacht werden, zu dessen Gunsten das Verbot bestehe, während z. B. bei einem bedingten Rechtsgeschäft im Falle des Eintritts der Bedingung nicht bloß der Berechtigte, sondern ein jeder sich auf die Unwirksamkeit der

---

[1]) Dernburg, das Bürgerl. Recht Bd. V S. 169 Anm. 2. Frommhold, Das Erbrecht Bem. 1 § 2113.

[2]) Auf diesen Begriff soll erst unten näher eingegangen werden.

[3]) Herold, Im Sächs. Arch. f. Rechtspfl. Bd. I S. 481 ff.

[4]) Motive Bd. III S. 220.

[5]) Motive Bd. I S. 260.

den Eintritt der rechtlichen Wirkung hindernden oder beeinträchtigenden Verfügung zu berufen befugt sei". Und an anderer Stelle:[1]) „Es werde anzunehmen sein, daß auf die nach den §§ 135, 141, 142 I. Entwurf (§§ 161, 166 BGB.) eintretende Unwirksamkeit der Verfügung auch ein Dritter sich berufen könne, während im Falle des § 107 I. Entwurf (§ 135 BGB.) die Verfügung nur gegenüber dem Berechtigten (§ 107 Abs. 1 I. Entw.) unwirksam sei". Endlich treffen die Motive diese Unterscheidung auch noch bei Besprechung der rechtlichen Natur der Veräußerungsverbote: „Denkbar wäre, die Wirksamkeit des dem Verbote zuwiderlaufenden Rechtsgeschäfts von der Genehmigung desjenigen als einer Rechtsbedingung abhängig zu machen, zu dessen Gunsten das Verbot bestehe. Die einfachste und zugleich zweckmäßigste Gestaltung sei aber diejenige der relativen Unwirksamkeit; das Veräußerungsgeschäft gehe seinen Weg, soweit es mit dem Rechte des Geschützten nicht in Widerspruch trete, sei diesem gegenüber aber, soweit ein Widerspruch vorliege, unwirksam."

Erst in der zweiten Kommission[2]) wurde das Verfügungsverbot mit der Beschränkung der Verfügung zusammengefaßt, was zur Einsetzung der Worte „in der Verfügung beschränkt" in dem § 837 I. Entwurf (§ 892 BGB.) führte, ohne daß indessen die beiden an sich verschiedenen Begriffe wirklich zu einem einzigen verschmolzen werden sollten.

Damit ergibt sich die Unhaltbarkeit der Ansicht Dernburgs und Frommholds.[3])

Das Ergebnis der bisherigen Erörterungen geht also dahin, daß die den Verfügungen des Testamentsvollstreckers gesetzte Schranke mit keiner der allgemeineren Beschränkungen der §§ 134, 135, 137 BGB. zu vergleichen ist.

[1]) Motive V S. 115 ff.
[2]) Prot. S. 3431 ff.
[3]) vgl. oben a. a. O.

Zweiter Abschnitt.

Es gibt nun aber im BGB. auch noch andere Arten von Verfügungsverboten, die ihrer Bedeutung nach in keine der allgemeinen Bestimmungen über Verfügungsbeschränkungen einzureihen sind, deren Wesen und Wirkung vielmehr einen besonderen Charakter aufweisen, dessen einzelne Züge immer nur aus der betreffenden Beschränkungsvorschrift herauszulesen und nach allgemeinen Gesichtspunkten festzulegen sind. Dazu gehört die Beschränkung des T.V. in § 2205 Satz 3 BGB.

Das hat schon Doehl[1]) erkannt. Auch er hält, wie die hier vertretene Ansicht, die den Verfügungen des T. V. gesetzte Schranke für eine Beschränkung zugunsten bestimmter Personen. Das würde also insoweit den Voraussetzungen des § 135 BGB. entsprechen. Die Wirkungen der Beschränkungen gleichen aber nach Doehl nicht denen des § 135, sondern des § 137 BGB. Das begründet Doehl damit, daß er aus der geschichtlichen Entwicklung des § 2205 heraus zu dem Schlusse kommt, der T. V. sei bei allen seinen Verfügungen, auch den unentgeltlichen, der zu den Verfügungen Berechtigte. Seine Verfügungen sind also allen Beteiligten gegenüber wirksam. Nur mache sich der T. V. bei unentgeltlichen Verfügungen, die ihm im Verhältnis zum Erben nach § 2205 BGB. verboten seien, diesem gegenüber aus §§ 249 ff. BGB. schadenersatzpflichtig. Dem kann nicht beigestimmt werden. Die hier vertretene Ansicht wird vielmehr zu einem völlig entgegengesetzten Ergebnis kommen. Weshalb das geschieht, soll aber erst weiter unten bei der Behandlung der einzelnen inbetracht kommenden Fragen gezeigt werden.

Welche besondere, von den allgemeinen Vorschriften abweichende Bedeutung hat nun die den Verfügungen des T. V. gesetzte Schranke?

---

[1]) Doehl, bei Gruchot Bd. 50 S. 609 ff.

§ 5.

Zur Beantwortung dieser Frage muß zunächst noch auf eine für die weitere Erörterung wichtige Nebenfrage kurz eingegangen werden:

In der Literatur wird nämlich häufig die den Verfügungen des befreiten Vorerben in § 2113 BGB. gesetzte Schranke mit der des T. V. verglichen, sodaß auch hier im Folgenden bisweilen auf die Rechte und Beschränkungen des Vorerben wird eingegangen werden müssen.

Es entsteht nun die Frage, ob nicht überhaupt eine derartige Heranziehung der Beschränkung des Vorerben hier in ausgedehnterem Umfange erforderlich sein wird. Die Frage scheint nicht ganz unberechtigt, ist aber im allgemeinen zu verneinen. Denn allerdings wird man bei einem rein äußerlichen Vergleiche der beiden Rechtsinstitute — des Vorerben und des T. V. — feststellen müssen, daß doch beide gewisse verwandte Züge aufweisen: Beider Rechte überhaupt entstehen auf Grund letztwilliger Verfügungen und enden mit dem Eintritt eines bestimmten Ereignisses oder Endtermins; beide sollen auch zu unentgeltlichen Verfügungen nur bei Remunerationsschenkungen berechtigt sein. Indessen bestehen doch zwischen beiden Instituten einige bedeutsame Unterschiede. So hat der Vorerbe an dem Nachlasse Eigentum und ist zur Fruchtziehung berechtigt, während es zweifelhaft ist, ob auch der Nacherbe schon Rechte am Nachlasse hat. Der T. V. dagegen hat nur eine Legitimation; alle seine Rechte sind lediglich formeller Natur, und wirtschaftliche Vorteile, wie Fruchtziehung, genießt er aus dem Nachlasse selbst gar nicht, während der Erbe, der hier mit dem Nacherben in eine Reihe zu stellen wäre, alle materiellen Rechte auf sich vereinigt. Auch die Protokolle[1]) warnen vor einer Überschätzung dieser Ähnlichkeit zwischen T. V. und Vorerben, wenn sie sagen: „Ebensowenig (nämlich wie eine Analogie zwischen T. V. und Ehemann beim gesetzlichen Güterrecht, wegen der grundverschiedenen Motive

[1]) Protokolle S. 7088.

für die Entstehung ihrer Rechte) passe die Analogie der gewöhnlichen Nacherbschaft, da auch hier die Einschränkung, denen der Vorerbe unterworfen sei, auf einem gewissen Mißtrauen des Erblassers beruhten" — im Gegensatz zum T. V., dessen Berufung doch immer eine besondere Vertrauenskundgebung bedeutet. Schließlich nimmt auch das K. G.[1]) bei der Frage, ob zwischen den Rechtsinstituten der Vorerbschaft und der Testamentsvollstreckung eine Analogie besteht, einen ablehnenden Standpunkt ein. Es begründet seine Ansicht damit, daß von den beiden Rechtsinstituten die der Vorerbschaft ganz besondere Eigentümlichkeiten aufweise, die dem T. V. fehlen. So die Bestimmung des § 52 GBO., wonach bei Eintragung des Vorerben der Nacherbe von amtswegen einzutragen ist; daß ferner nach § 2113 BGB. die Verfügungsmacht des Vorerben nur insoweit beschränkt sei, als das Recht des Nacherben nicht vereitelt würde — Bestimmungen, die den Vorerben doch wesentlich vom T. V. unterscheiden.

Sind aber die beiden Rechtsinstitute im allgemeinen verschieden, so wird man auch auf die Ähnlichkeit der beiderseitigen Verfügungsbeschränkungen kein allzugroßes Gewicht legen können.

In welcher Richtung sich die Untersuchungen über das wirkliche Wesen der den Verfügungen des T. V. gesetzten Schranke zu bewegen haben, darauf weisen schon die oben erwähnten Ausführungen Doehls, besonders aber die folgenden Erörterungen Herolds[2]) hin, die dem Gedankengange nach hier wiedergegeben werden sollen:

Wenn das Gesetz jemandem verbietet, über einen Gegenstand zu verfügen, so heißt das: derjenige, der das Recht hat, den Gegenstand zu verwalten (der Berechtigte), der also auch zur Verfügung berechtigt ist, darf gerade von diesem einen Zweige aus der Fülle seiner Verwaltungsrechte, dem Verfügungsrechte, kraft positiver Vorschrift keinen Gebrauch

---

[1]) E. K. G. Bd. 33 S. A 171.
[2]) Herold, a. a. O. S. 485 ff.

machen. Verfügt er trotzdem über den Gegenstand, so ist er nach wie vor der zu allen Verfügungen Berechtigte, nur die Tatsache der Verfügung selbst zeitigt gewisse Rechtserscheinungen. Diese bestehen in der Unwirksamkeit des Verfügungsaktes gegenüber den durch das Verbot geschützten Personen. Dagegen bleibt der geschützte Anspruch trotz der Verfügung dem Berechtigten und denen gegenüber, die aus der verbotenen Verfügung Rechte herleiten (§ 135 Abs. 2 BGB.), wirksam; das Verbot ist also insofern persönlicher Natur.

Ist nun auch die den Verfügungen des T. V. in § 2205 BGB. gesetzte Schranke persönlich, d. h. verfügt der T. V., wenn er die Schranke überschreitet, als Berechtigter?

Zur Beantwortung dieser Frage wird man am leichtesten gelangen, wenn man vorher die Bedeutung, d. h. Wesen und Wirkung der Verfügungsmacht des T. V. eingehend untersucht. Das wird zunächst am besten an der Hand der geschichtlichen Entwicklung des § 2205 BGB. geschehen.

Über die Entstehung des § 2205 BGB. geben die Gesetzesmaterialien [1]) folgenden Aufschluß: Im deutschen Rechte wurde dem Treuhänder und Salmann, die im wesentlichen die Vorläufer des heutigen T. V. waren,[2]) an dem ganzen ihnen übertragenenen Vermögen oder den einzelnen Vermögensstücken Eigentum verschafft, doch mit der auflösenden Bedingung, daß sie es dann wieder aufzugeben hätten, sobald und insoweit es zur Ausführung des letzten Willens des früheren Eigentümers erforderlich erschien. Später hielt man eine derartige freie Rechtsstellung des T. V. für zu weit gehend, und sie wurde immer mehr ein-

[1]) vgl. Prot. S. 7086 ff.

[2]) vgl. zur Geschichte des T. V. vor allem: Schultze: Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung. 1895, und Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht. 1901.

Über die Verwandtschaft zwischen Treuhänder und T. V. im heutigen englischen Recht, vgl. die interessanten Ausführungen von F. W. Maitland: Trust und Korporation. 1905.

geschränkt. Diesen Standpunkt behielt auch der erste Entwurf[1]) bei, der dem T. V. nur die Inhabung der zum Nachlaß gehörenden Sachen gewährte und ihm in § 1900 die Berechtigung zur Verfügung nur insoweit einräumte, als „die Verfügung zur ordnungsgemäßen Verwaltung oder zur Beschaffung der Mittel für die Erfüllung einer Nachlaßverbindlichkeit notwendig sei". Dabei sollte der Erbe nach § 1900 Abs. 2 verpflichtet sein, „zu einer solchen Verfügung seine Einwilligung zu erteilen, vorbehaltlich des Rechtes des Widerspruchs". Nach den Motiven[2]) sollte durch diese Vorschrift dem Vollstrecker nicht die dingliche Verfügungsmacht über alle Nachlaßgegenstände ohne jede Beschränkung beigelegt werden, „vielmehr sollte er eine solche Befugnis nur für den Fall der Leistung auf Grund des angegebenen Grundes (causa) erhalten".

Es wäre also von Fall zu Fall zu prüfen gewesen, ob die Verfügung zur ordnungsmäßigen Verwaltung oder zur Beschaffung der Mittel für die Erfüllung einer Nachlaßverbindlichkeit erforderlich sei. Das Verfügungsrecht des T. V. sollte also ebenso gestaltet sein, wie es das Recht, Verbindlichkeiten einzugehen, noch im geltenden Recht ist (§ 2207, Satz 1 BGB.) oder wie es die Verfügungsmacht des Vorerben ist, was aus dem Wortlaut des § 2113 Abs. 1 BGB. klar zu ersehen ist. Eine derartige, dem § 2113 Abs. 1 BGB. beim befreiten Vorerben entsprechende Beschränkung ist aber in den § 2205 BGB. auf Grund der Beschlüsse der Kommission nicht übergegangen. Aus dieser abweichenden Entwickelung der Institute des Vorerben und des T. V. folgt also schon — wie oben bereits kurz angedeutet wurde — ihre verschiedene Natur. Vielmehr knüpfte die zweite Kommission[3]) bei Ordnung der Rechtstellung des T. V. wieder an dessen deutschrechtliche Gestaltung an und gewährte ihm eine freiere Stellung, mit der Begründung, daß eine freiere Stellung des T. V. im allgemeinen Verkehrs-

[1]) §§ 1899, 1900, I. Entw.
[2]) Motive Titel V S. 232, 233.
[3]) Prot. S. 7091 und 7544.

interesse liege und es nicht nötig sei, dem T. V. allzu enge Schranken zu setzen, da ja der Erblasser nur einer ihm ganz besonders tüchtig und zuverlässig erscheinenden Person das Vertrauen zu schenken pflege, seinen letzten Willen zur Durchführung zu bringen. Deshalb wurde in der Kommission davon abgesehen, den T. V. bezüglich seiner Verfügungsmacht von der umständlichen Einwilligungspflicht Dritter abhängig zu machen, und ihm ein freieres Verfügungsrecht in der Weise zugebilligt, daß er nur bei unentgeltlichen Verfügungen beschränkt werde, insoweit diese nicht einer auf den Anstand oder eine sittliche Pflicht zu nehmenden Rücksicht entsprächen (§ 2205 BGB.). Denn es läge keineswegs in der Absicht des Testators, daß es rein vom Willen des T. V. abhängen solle, ob der Erbe überhaupt etwas aus dem Nachlaß erhalte.[1])

Aus dieser geschichtlichen Entwicklung der Verfügungsmacht des T. V. geht deutlich hervor, daß nach den Beschlüssen der zweiten Kommission der T. V. zwar bei gewissen Arten von unentgeltlichen Verfügungen, nämlich den Remunerationsschenkungen, freier gestellt sein soll, als das im ersten Entwurf vorgesehen war, aber natürlich nicht so vollständig frei, daß er auch bei den übrigen unentgeltlichen Verfügungen Rücksicht auf die Rechte des Erben nicht zu nehmen brauchte. Insoweit beließ die II. Kommission vielmehr den T. V. auf der unfreien Stellung des I. Entwurfes.

Daraus zeigt sich zugleich aber auch deutlich, daß hier der Fehler der Doehlschen Ansicht liegt. Denn Doehl ist zu seinem Resultat, daß die Verfügungsmacht des T. V. nur durch ein Recht des Erben dinglich beschränkt, der T. V. also zu jeder Verfügung absolut frei und berechtigt sei, nur durch eine mißverständliche Auffassung dieses Kommissionsbeschlusses gekommen. Das betont vor allem auch Brachvogel.[1]) Dabei ist nur zu bemerken, daß Brachvogel allerdings den Ausdruck „dinglich gebunden“ vermeidet;

[1]) Prot. S. 7514.

[1]) Brachvogel, bei Gruchot Bd. 51 S. 311 f.

mit seinem „causal beschränkt“ aber gleichfalls nur die Beschränkung des T. V. in der Hinsicht meint, daß derselbe in gewissen Beziehungen durch die Rechte des Erben dinglich gebunden sei, also nur eine relativ freie Verfügungsmacht habe. Um Verwechslungen vorzubeugen, soll deshalb gleich an dieser Stelle erwähnt werden, daß die im weiteren Verlauf der Arbeit erörterte „causale Beschränkung“ mit dem gleichlautenden Ausdruck Brachvogels nichts zu tun hat, sondern aus einem anderen, unten näher zu erörternden Gesichtspunkte heraus zu verstehen ist.

Somit findet also die Verfügungsmacht des T. V. die natürlichen Grenzen an den dinglichen Rechten des Erben, ist demnach insofern eine dinglich gebundene, also nicht absolut, sondern nur relativ freie Verfügungsmacht.

§ 6.

Und nun zurück zu der Frage, ob der T. V., wenn er die Schranke des § 2205 BGB. überschreitet, als Berechtigter verfügt.

Dabei wird man am besten von dem an sich ganz folgerichtigen Schluß ausgehen, den Doehl aus seiner irrigen Auffassung von der Verfügungsmacht des T. V. zieht. Doehl hält den T. V. für absolut frei verfügend, woraus sich, wie Brachvogel mit Recht betont, ergibt, daß bei dieser Auffassung der T. V. bei allen seinen Verfügungen als Berechtigter handelt, also auch bei den gegen § 2205 Satz 3 BGB. verstoßenden Verfügungen.

Dieses Ergebnis lehnt vor allem das KG.[1]) ab. Aus der schon oben erwähnten geschichtlichen Entwickelung des § 2205 BGB., vor allem aber aus dem Wortlaut dieses Paragraphen folgert das KG.: An und für sich lasse der Satz 3 des § 2205 BGB. auch die Auslegung zu, der T. V. solle nur berechtigt sein, die Zustimmung des Erben zu seinen unentgeltlichen Verfügungen zu fordern. Die Worte

[1]) J. E. K. G. Bd. 33 S. A 168.

des Satz 2 könnten aber nur bedeuten, daß der T. V. die Macht habe, über Nachlaßgegenstände zu verfügen, wie das auch schon früher vom KG.[1]) anerkannt worden sei. Dann lasse sich aber aus dem Wortlaut des S. 3 nur schließen, der T. V. habe zu unentgeltlichen Verfügungen nur die Macht unter der Voraussetzung, daß ihm vom Gesetz überhaupt eine solche Macht zugebilligt sei. Damit will aber das KG. offenbar nichts anderes sagen, als daß der T. V. vom Gesetz seine Verfügungsmacht nur zu entgeltlichen Rechtsgeschäften erhalten hat, daß ihm aber zu unentgeltlichen Geschäften die Verfügungsmacht fehlt. Seine Verfügungsrechte stehen und fallen also mit der Art (Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit) des der Verfügung zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts, d. h. sie sind von dem Rechtsgeschäft, der causa, abhängig. Insofern kann man also die Verfügungsmacht des T. V. causal beschränkt nennen.

Wenn aber dem T. V. die Berechtigung Verfügungen zu treffen, nur eben bis zu dem Punkte zusteht, wo das Gesetz diesem Rechte eine Schranke errichtet hat, so ist der T. V., sobald er über diese Schranke hinaus verfügt, zu dieser Handlung nicht mehr berechtigt. Er ist also in diesem Falle ein Nichtberechtigter.

Die Ansicht, daß der T. V. bei einem Verstoß gegen § 2205 Satz 3 BGB. als Nichtberechtigter handelt, teilen auch Brachvogel, Planck und Staudinger.[2])

§ 7.

Dieses Ergebnis, daß die Verfügungsmacht des T. V. in Bezug auf unentgeltliche Verfügungen beschränkt ist, hat, wie mehrere Schriftsteller[3]) darlegen, im Allgemeinen

[1]) J. E. K. G. Bd. 27 S. A 192.

[2]) Brachvogel bei Gruchot Bd. 51 S. 312. Staudinger V S. 524. Planck, Bd. V S. 575 Bem. 6 zu § 2205.

[3]) Staudinger V S. 410, Bem. IIIB. zu § 2113. Planck V S. 427 Bem. 1c zu § 2113. Thiesing, Arch. f. ziv. Pr. Bd. 94 S. 233. Hachenburg, Ztschr. d. dtsch. Notarvereins 1906 S. 322.

Teil des BGB. ein Analogon in den Vorschriften des § 161 BGB, in welchem die weitere Verfügung eines nur bedingt zur Verfügung Berechtigten verboten wird. Auch dort macht die Übertretung des Verfügungsverbotes den sonst Berechtigten zu einem Nichtberechtigten.

Die Heranziehung der analogen Vorschrift des § 161 BGB. mag zwar an sich nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen sein, für die Beschränkung der Verfügungsmacht des T. V. ist sie aber m. E. ganz überflüssig und führt, wie das auch tatsächlich geschehen ist, nur zu unnötigen Verwirrungen. Denn alle Wirkungen, die sich aus der Anwendung des analogen § 161 BGB. ableiten ließen, ergeben sich auch ohne diese Erschwerung unmittelbar aus dem Gesetz.

Indessen wird man eben wegen jener Unklarheiten in der Literatur nicht umhin können, auf deren Beweisführung für das Vorhandensein jener Analogie kurz einzugehen.

Die zit. Schriftsteller behaupten nämlich einerseits, die Beschränkung der Verfügungsmacht des Vorerben sei derjenigen des § 161 analog, und setzen andererseits die Beschränkung des Vorerben der des Testamentsvollstreckers gleich.[1]) Dabei berufen sie sich für ihre Ansicht auf die Motive,[2]) die allerdings eine Ähnlichkeit zwischen § 2113 Abs. 3 und § 161 BGB. zugeben, wenn sie sagen, „das Rechtsverhältnis des Vorerben gleiche im wesentlichen demjenigen Rechtsverhältnis, welches eintrete, wenn ein Recht unter einer auflösenden Bedingung oder mit einem Endtermin übertragen sei. Daraus folge, daß eine Beschränkung der Verfügungsmacht des Vorerben der Beschränkung der Rechte eines auflösend bedingt, bezw. unter Bestimmung eines Endtermins befristet Berechtigten gleiche.“ Daß die Rechte des Vorerben tatsächlich bedingte oder befristete sind, die nach Beendigung der Vorerbschaft auf den Nacherben übergehen, daß also die Beschränkungen des Vor-

[1]) Staudinger Bd. V S. 524, Bem. III zu § 2205, Planck Bd. V. S. 575 Bem. 11 zu § 2205.

[2]) Motive Bd. V S. 115.

erben als ein besonderes Verbot weiterer Verfügung über den bedingt überlassenen Gegenstand ganz unmittelbar unter § 161 BGB. subsumiert werden könnten, mag zugegeben werden. Die weitere Beweisführung in der Literatur ist aber insoweit nicht einwandfrei, als man einerseits — wie oben gezeigt wurde — die Beschränkung der Verfügungsmacht des T. V. durchaus nicht ohne weiteres der des Vorerben gleichsetzen kann, andererseits aber die Beschränkung des § 2205 Satz 3 BGB. keinesfalls der des § 161 BGB. direkt subsumieren darf. Denn die Verfügungsrechte des T. V. sind keine auflösend bedingten oder befristeten Rechte, die etwa nach Beendigung der Testamentsvollstreckung auf die Erben übergehen würden, da — wie schon mehrfach erwähnt — die Rechte des T. V. eigene sind, also gar nicht auf den Erben übergehen können. Die Ähnlichkeit der §§ 2205 S. 3 und 161 BGB. erstreckt sich eben nur im allgemeinen auf das Wesen der in ihnen enthaltenen Beschränkung der Verfügungsmacht.

Diese Unklarheit läßt sich dadurch vermeiden, daß man — wie gesagt — auf die analoge Anwendung des § 161 auf § 2205 Satz 3 BGB. von vornherein verzichtet.

§ 8.

Welche Wirkungen ergeben sich nun aus dem bisher festgestellten Wesen der den Verfügungen des T. V. gesetzten Schranke?

Eine unentgeltliche Verfügung des T. V. ist die Verfügung eines Nichtberechtigten, also absolut, d. h. allen Dritten, nicht nur den durch die Beschränkung Geschützten gegenüber unwirksam. Sie kann von jedem geltend gemacht werden. Die Geltendmachung dieser Nichtigkeit bedarf keiner bestimmten Form, vielmehr wäre nur eine Feststellungsklage zulässig. Andererseits kann der Berechtigte den gegen § 2205 BGB. verfügten Gegenstand vindizieren (§ 985 BGB.) bezw. condicieren (§ 816 BGB.).

Außerdem kann aber auch nach § 185 BGB., der allgemeine Bestimmungen über die Konvaleszenz von Verfügungen Nichtberechtigter trifft, die unentgeltliche Verfügung des T. V. durch Zustimmung der Berechtigten des § 2205 BGB. zu einer wirksamen Verfügung gemacht werden.

Die theoretische Möglichkeit der Konvalescenz unentgeltlicher Verfügungen des T. V. an und für sich gibt auch das KG.[1]) zu. Es bestreitet aber, daß eine solche Konvaleszenz auch praktisch durchführbar sei. Das KG. hält nämlich eine Zustimmung von Seiten des Erben für unmöglich, weil der Erbe, solange der T. V. die Verfügungsmacht über seinen Nachlaßgegenstand hat, nicht über denselben verfügen kann (§ 2211 BGB.), die Verfügung beider über den Gegenstand aber zeitlich zusammentreffen müßte, sich also ausschließen würde. Die Zustimmung ist also, was das KG. stillschweigend annimmt, eine Verfügung. Ob die Zustimmung auch wirklich eine „Verfügung über ein Recht" ist, soll hier nicht weiter untersucht, sondern einmal als bewiesen erachtet werden, da ja überhaupt diese Streitfrage nur auftauchen kann, wenn die Zustimmung als Verfügung im Sinne des § 2211 BGB. angenommen wird.

Daß die Konvaleszenz einer unentgeltlichen Verfügung des T. V. durch den Erben praktisch nicht durchführbar sei, kann nicht zugegeben werden: Denn, wenn ein Berechtigter in die Verfügung eines Nichtberechtigten einwilligt, so bedeutet das soviel, daß der Berechtigte für die Zukunft davon Abstand nimmt, sein Recht an dem verfügten Gegenstand geltend zu machen. Die Einwilligung ist demnach eine unmittelbare Aufhebung eines zukünftigen Rechtes. Würde der T. V. über einen bestimmten Nachlaßgegenstand nicht unentgeltlich verfügen, so ginge dieses Verfügungsrecht über den betreffenden Gegenstand (oder wenigstens sein Surrogat) nach Beendigung der Testamentsvollstreckung auf den Erben über. Dieses künftigen Verfügungsrechtes begibt sich nun der Erbe durch die Einwilligung in die unentgeltliche Ver-

[1]) J. E. KG. 33, S. A. 172 ff.

fügung, und diese seine Verfügung (nämlich über sein künftiges Verfügungsrecht) fällt nicht unter den § 2211 BGB. Denn § 2211 BGB. beschränkt den Erben nur bezüglich derjenigen Verfügungen, deren Objekt der Verwaltung des T.V. unterliegt. Das Recht, künftig über einen Nachlaßgegenstand verfügen zu dürfen, gehört aber nicht zu den Kreisen der Rechte des T. V. nach § 2205 Satz 1 und 2 BGB. Eine Verfügung über dieses Recht kollidiert also nicht mit § 2205 S. 1 BGB. So fallen allerdings die beiden Verfügungen zeitlich zusammen, sind aber inhaltlich verschiedener Natur und schließen sich nicht aus. Deshalb können auch die unentgeltlichen Verfügungen des T. V. gemäß § 185 BGB. durch übereinstimmende Zustimmung der Erben, Nachlaßgläubiger und Vermächtnisnehmer konvaleszieren.

Endlich finden auch, da § 2205 BGB. keine dem entgegenstehenden Bestimmungen enthält, die Vorschriften zugunsten derjenigen Anwendung, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten.

C. Besonderer Teil.

Diese Erörterungen über die allgemeine Bedeutung der unentgeltlichen Verfügungen des T.V. werden die Grundlage bilden für das Verständnis ihrer Bedeutung im Grundbuchverkehr. Indessen möchte ich die Frage, in welcher Weise die in § 2205 Satz 3 BGB. den Verfügungen des T. V. gesetzte Schranke im Grundbuchverkehr zu beachten ist, dem Thema entsprechend, von vornherein darauf beschränken, inwieweit die Beschränkung im formellen Grundbuchrecht (GBO.) zu beachten ist. Ausscheiden — bezw. werden kurz zum Schluß erwähnt werden — demnach aus den folgenden Erörterungen die Fragen, die das im BGB. in § 873 ff. geregelte materielle Grundbuchrecht betreffen. Denn unter „Grundbuchverkehr" sind m. E. nur die aus dem Gegenübertreten von Grundbuchamt und Beteiligten sich ergebenden Beziehungen zu verstehen.

§ 9.

Wie ist also zunächst die Rechtslage, wenn dem Grundbuchamt eine Eintragungsbewilligung (E. B.) nebst Eintragungsantrag des T. V. zugeht, denen eine unentgeltliche Verfügung desselben zugrundeliegt, und nun das Grundbuchamt die Eintragung vornehmen soll?

Als allgemeine Voraussetzung für die Eintragung wird in § 19 GBO. bestimmt, daß eine grundbücherliche Eintragung nur erfolgen darf, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird.

Als der Betroffene im Sinne dieser Vorschrift ist natürlich nur derjenige zu verstehen, dessen Recht durch die Buchung eine Einbuße erleidet, d. h. der Passivbeteiligte.[1])

Gesetzt den Fall, für den Erblasser wäre ein Recht an einem Grundstück in dem Grundbuch eingetragen. Ist nun kein T. V. ernannt, so wäre es nach § 19 GBO. Sache des Erben, auf den das Recht übergegangen ist (§§ 1922 ff. BGB.), die EB. zu erteilen. Ist aber ein T. V. eingesetzt, so bleibt das materielle Recht an und für sich bei dem Erben, wie schon im ersten Teile dieser Arbeit gezeigt wurde. Nach dem Wortlaut des § 19 GBO. — „dessen Recht betroffen wird" — müßte also dem Erben trotz der Einsetzung des T. V. die Eintragungsbewilligung zustehen, da er ja auch weiterhin das materielle Recht hat. Dem ist aber nicht so. Denn die Verfügung über dieses materielle Recht ist auf den T. V. übergegangen und damit auch die Befugnis, über die im Grundbuche eingetragenen Rechte des Erblassers, die seiner Verwaltung unterliegen, Bestimmungen zu treffen.

§ 10.

Die EB. ist nun ein Ausfluß dieser Verfügungsgewalt des T. V. — ob die Eintragungsbewilligung selbst oder erst in Verbindung mit der darauf folgenden Eintragung eine Verfügung im technischen Sinne ist, mag vorläufig dahingestellt bleiben, sie darf also nicht weiter gehen, als die Verfügungsmacht des T. V. reicht. Der Grundbuchrichter hat demnach — die Nichtbeachtung würde eine formell ungültige Eintragung nicht herbeiführen, da die Vorschrift des § 19 GBO. nur eine Ordnungsvorschrift ist[2]) — bei einer EB. des T. V. die Verfügungsmacht desselben zu prüfen, d. h. ob der T. V. gerade im vorliegenden Falle berechtigt ist, über das dingliche Recht Bestimmungen zu treffen. Bei

[1]) J. E. KG. 29 S. A 177. 23 S. A 117. OLG. VIII S. 305 f. Predari GBO. S. 377.

[2]) Güthe, Bd. I S. 7 Anm. 30 u. S. 354 Anm. 34.

dieser Prüfungspflicht des Grundbuchrichters treten gerade die divergierendsten Meinungen über die Bedeutung der den Verfügungen des T. V. gesetzten Schranke hervor, nämlich

1. ob der T.V. ein absolut freies Verfügungsrecht hat, oder
2. ob sein Verfügungsrecht causal beschränkt ist.

Teilt der Grundbuchrichter die Meinung zu 1 (Doehl), so wird und muß er auf die bloße Eintragungsbewilligung hin die Eintragung vornehmen, ganz gleichgiltig, ob der Verfügung ein entgeltliches oder ein unentgeltliches Rechtsgeschäft zugrundeliegt. Denn die Verfügungsmacht — und nur diese hat der Grundbuchrichter zu prüfen — ist nach der Ansicht von Doehl bei entgeltlichen und unentgeltlichen Causalgeschäften gleichermaßen unbeschränkt.

Folgt dagegen der Grundbuchrichter der im ersten Teile der Arbeit aufgestellten Meinung, daß nämlich die Verfügungsmacht des T. V. causal beschränkt ist, d. h. daß das Verfügungsrecht des T. V. bei den unentgeltlichen Verfügungen endet, so muß der Grundbuchrichter, um die Verfügungsfähigkeit des T. V. feststellen zu können, nachprüfen, ob der EB. eine entgeltliche Verfügung zugrunde liegt, oder vielmehr, da die beschränkte Verfügungsfähigkeit die Ausnahme bildet, daß die Verfügung nicht unentgeltlich ist. Diese Feststellung kann er aber, wie oben gezeigt wurde, nur treffen, wenn er auf das den Verfügungen zugrunde liegende Causalgeschäft zurückgeht.

Das ist auch mit Recht die herrschende Meinung, die vom KG.[1]) und zahlreichen Schriftstellern[2]) in gleicher oder ähnlicher Weise begründet wird.

Indessen ist diese Ansicht bestritten:

Regelmäßig — das wird mit Recht vielfach in der

---

[1]) J. E. K. G. 33 S. A. 167. 23 S. A. 130 ff.

[2]) Güthe I 8. 229. Predari S. 342. Fuchs-Arnheim, GBO. Bd. II S. 202 Nr. 5. S. 382 Nr. 29. Oberneck Bd. II S. 596.

Literatur[1]) betont — unterliegt ja allerdings das Causalgeschäft nicht der Prüfung des Grundbuchrichters. Denn das Kammergericht sagt: das Legalitätsprinzip, soweit es noch die GBO. beherrsche, also die Prüfungspflicht des Grundbuchrichters, dürfe nicht überspannt werden, nachdem das BGB. die Entstehung des dinglichen Rechtes von dem zu Grunde liegenden Causalgeschäft losgelöst und den Rechtserwerb zu einer abstrakten, lediglich durch die Willenseinigung der Beteiligten über den Eintritt der Rechtsänderung bedingten gemacht habe. Deshalb beziehe sich die Prüfung allein auf die dingliche Seite des Rechtserwerbs. Das KG. gibt aber selbst in der angezogenen Entscheidung zu, der Grundbuchrichter müsse neben der Prüfung des dinglichen Rechtsgeschäfts jedenfalls die Verfügungsberechtigung desjenigen, der über das dingliche Recht verfügt, prüfen. Dazu gehört aber auch, wie oben gezeigt wurde, ein Eingehen des Richters auf das Causalgeschäft.[2])

Der Grundbuchrichter muß also, um die Verfügungsberechtigung des T. V. prüfen zu können, den Nachweis fordern (Prüfungspflicht), daß das Causalgeschäft nicht unentgeltlich vorgenommen worden ist.

§ 11.

Gemäß § 29 GBO. muß nun dieser Nachweis, wie regelmäßig jeder andere vor dem Grundbuch anzuführende Beweis, in einer bestimmten Art und Weise erbracht werden.

Ist aber die Erbringung eines solchen Beweises in den Formen des § 29 GBO. überhaupt möglich?

§ 29 GBO. bestimmt, eine Eintragung solle nur erfolgen, wenn die zur Eintragung erforderlichen Erklärungen

[1]) J. E. K. G. 31, S. A. 297. OLG. VIII S. 303. Das Recht 1906 S. 707. Zentralbl. f. freiw. Ger. II S. 276. Güthe, I S. 228. Fuchs-Arnheim II S. 202 Nr. 5.

[2]) Güthe, I S. 229.

vor dem Grundbuchamt zu Protokoll gegeben oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden; und daß andere Voraussetzungen der Eintragung, soweit sie nicht bei dem Grundbuchamt offenkundig sind, des Nachweises durch öffentliche Urkunden bedürfen.

Aus dem Wortlaut dieses Paragraphen schließt nun das KG.,[1]) „es scheine damit ein Grundsatz für sämtliche Voraussetzungen einer Eintragung aufgestellt zu sein. Und daraus folge, daß eine Erbringung des Nachweises der Nichtunentgeltlichkeit für den T. V. unmöglich sei. Denn ein direkter Beweis durch Urkunden sei überhaupt nicht denkbar. Allerdings wäre die Beibringung von Erklärungen des T. V., seines Gegenkontrahenten, des Erben oder sonstiger Personen möglich. Urkunden über diese Erklärungen würden aber nach § 416 ZPO. nur beweisen[2]), daß die Erklärungen überhaupt abgegeben sind, nicht aber, daß ihr Inhalt richtig ist. Dem Grundbuchrichter könne also eine Erklärung, daß ein entgeltliches Rechtsgeschäft vorliege, in den grundbuchmäßigen Formen nicht erbracht werden."

Dieses Ergebnis, daß nämlich eine grundbuchrechtliche Wirksamkeit der Eintragungsbewilligung des T. V. nicht möglich sei, weil der T. V. den notwendigen Nachweis der Nichtunentgeltlichkeit des Causalgeschäftes nicht erbringen kann, würde aber dem Grundbuchverkehr, wie allgemein anerkannt wird,[3]) unerträgliche Fesseln auferlegen, deren Grund noch dazu den meisten davon Betroffenen völlig unverständlich erscheinen müßte.

Auch das KG.[4]) weist in der eben angezogenen Entscheidung auf diese Unstimmigkeit zwischen der tatsächlich vom Gesetz geschaffenen Rechtslage und dem Zweck des Gesetzes hin und vor allem auf die dadurch geschaffenen

---

[1]) J. E. KG. 33 S. A 171 ff.

[2]) ERG. 61 S. 228. E. KG. 30 S. A 264.

[3]) Fischer, GBO. Anm. 8 § 36; Brachvogel bei Gruchot Bd. 50 S. 80 ff.

[4]) J. E. KG. 33, S. 171 ff.

Widersprüche in der GBO. selbst. „Denn § 36 Abs. 2 GBO. bestimme doch ausdrücklich für den Grundbuchverkehr, auf Grund welcher Unterlagen die Befugnis eines T. V. zur Verfügung über einen Nachlaßgegenstand als nachgewiesen anzusehen sei. Ebenso setze die Bestimmung in § 41 Abs. 2 GBO. voraus, daß die Wirksamkeit der Bewilligung des T. V. gegen den Erben sich dem Nachweis im Grundbuchverkehr nicht entziehe. Diese Bestimmungen seien aber durch die Vorschriften des § 29 GBO. illusorisch gemacht."

Als Ausweg bleibt nach dieser KGE. nur übrig, aus dem Verkehrsbedürfnis und der Natur der Sache heraus auf den § 46 der Preußischen GBO. zurückzugehen: „Der Grundbuchrichter ist verpflichtet, die Rechtsgültigkeit der vollzogenen Auflassung, Eintragungs- oder Löschungsbewilligung nach Form und Inhalt zu prüfen". Den Wortlaut dieses Paragraphen hat das KG.[1]) dahin ausgelegt, daß die den Grundbuchbehörden obliegende Prüfung der Rechtsgültigkeit einer Eintragungsbewilligung die Prüfung der Verfügungsbefugnis der handelnden Person erfordert. Nach Lage des Falles könne vom Grundbuchamt festgestellt werden, ob die Legitimation der handelnden Person anzuerkennen sei oder nicht. Dabei seien alle von den Beteiligten beigebrachten Beweise zu würdigen, nicht nur die urkundlichen Beweise im engeren Sinne. Unter Zurückgreifung auf diesen § 46 Pr. GBO. hätte also der Grundbuchrichter bei der Prüfung, ob die Bewilligung eines T. V. nicht unentgeltlich sei, auch auf andere Beweismittel als die des § 29 des GBO. einzugehen. Zu gleichen Ergebnissen kommen auch unter Aufstellung ähnlicher Grundsätze in analogen Fällen das Reichsgericht und die Oberlandesgerichte.[2])

Wenn auch das Ergebnis, daß nämlich die Vorschriften des § 29 GBO. nicht ausschließlich für den Grundbuch-

[1]) J. E. KG. IV S. A 194.

[2]) ERG. 65, 222 ff. Bl. f. R. A. 73, 643. OLG. 30, 388. 5, 58. 5, 313. Z. Bl. f. F. G. V, 360.

verkehr in Anwendung kommen, durchaus zu billigen ist, scheint die diesem Ergebnis zugrunde liegende Berufung auf § 46 Pr. GBO. doch einigermaßen willkürlich und nirgends vom Gesetz gerechtfertigt.

Eine Begründung für diese Annahme wird vielmehr folgendermaßen zu gestalten sein: Im vorliegenden Falle handelt es sich um den grundbücherlichen Nachweis der Nichtunentgeltlichkeit der Verfügung des T. V., also um den Beweis einer negativen Tatsache im Grundbuchverkehr. Daß nun ein derartiger Beweis der Negative beim Grundbuche nicht unter § 29 GBO. fällt, stellt Brachvogel fest, dessen ausführliche Erwägungen hier im folgenden dem Gedankengange nach kurz wiedergegeben werden sollen:

Der erste Entwurf einer GBO. von 1889 unterschied in § 39 zwischen den „zur Begründung der Eintragung erforderlichen Erklärungen" und „anderen zu jener Begründung erforderlichen Tatsachen". § 29 GBO. spricht in Satz 2 nicht ebenso klar von „anderen Voraussetzungen der Eintragung". Es sind aber offenbar unter diesen „Voraussetzungen" auch heute noch die tatsächlichen Voraussetzungen, die rechtserheblichen Tatsachen zu verstehen. Diese werden also des Nachweises durch die in § 29 bezeichneten Urkunden bedürfen. Hierher gehören zweifellos alle positiven Tatsachen. Daß dagegen auch hierher der Nachweis gehört, daß gewisse Tatsachen nicht vorliegen, deren Vorhandensein die Eintragung unzulässig machen würde, geht weder aus dem Gesetz, noch aus den Materialien hervor. Die Denkschrift scheint allerdings auf dem Standpunkte zu stehen, daß nur die positiven Tatsachen des Nachweises in der Form des § 29 GBO. bedürfen, wenn es heißt:[1]) Der Satz 2 des § 29 GBO. schließe sich den die Ausstellung eines Erbscheins betreffenden Vorschriften des § 2356 Abs. 1, 3 BGB. an. Und in diesem Erbscheinsverfahren hat der Antragsteller wirklich nur die positiven Tatsachen durch Urkunden zu beweisen, wie schon die

[1]) Denkschr. zur GBO. Mugdan-Hahn, S. 159f.

Motive[1]) dazu sagen, es könne ihm, soweit es sich um negative Tatsachen handle, eine weitere Beweisführung nicht zugemutet werden; zur Abhilfe diene die eidesstattliche Versicherung. Dem steht aber, wie Brachvogel mit Recht hervorhebt, entgegen, daß sich keine Parallele zwischen Grundbuch- und Erbscheinsverfahren ziehen lasse, da für letzteres § 12 freiw. G. G. gelte, das von amtswegen anzustellende Ermittelungen und aufzunehmende Beweise vorschreibe, während für das Grundbuchverfahren § 12 f. G. G. nicht in Anwendung komme, was aus Art. 1 Preuß. freiw. G. G. indirekt hervorgehe.

Wenn also auch diese Möglichkeit, den Nachweis negativer Tatsachen vor dem Grundbuchamt durch Heranziehung des § 12 f. G. G. herbeizuführen, mangels geeigneter gesetzlicher Vorschriften über eine solche Anwendung von § 12 f. G. G. und somit die Verweisung der Denkschrift nicht in Betracht kommen, wird man trotzdem noch nicht sagen können, daß auch der Beweis negativer Tatsachen unter § 29 GBO. falle. Das ergibt sich daraus, daß es negative Tatsachen gibt, deren Nichtvorhandensein sich überhaupt nicht durch öffentliche Urkunden nachweisen läßt, denen nach §§ 415, 418 ZPO. Beweiskraft beizumessen wäre; wo aber ein derartiger Nachweis möglich wäre, die Beschaffung desselben zu Maßregeln führen müßte, die dem bisherigen Rechte unbekannt waren und im geltenden Gesetz nicht vorgesehen sind. Denn einerseits ist der Nachweis der Nichtunentgeltlichkeit bei Rechtsgeschäften des T. V. mit einer Ausnahme überhaupt undenkbar, da auch eine notarielle Beurkundung des Geschäftes ein Scheingeschäft nicht verhindern könnte; andererseits ist die einzige denkbare Möglichkeit einer völlig sicheren öffentlichen Urkunde, nämlich eine Quittung des Nachlaßgerichts (errichtet durch das Mitwirken des Nachlaßgerichts bei Abschluß des Geschäftes und Bescheinigung der Nichtunentgeltlichkeit desselben) deswegen ausgeschlossen, weil eine Mitwirkung des Nachlaß-

[1]) Motive Bd. V S. 300.

gerichts bei Geschäften des T. V. in dieser Hinsicht nicht im Gesetz vorgesehen ist. Also können negative Tatsachen nicht unter die „Voraussetzungen der Eintragung“ des § 29 GBO. fallen.

Damit ergibt sich folgendes Resultat:

1. Die Verfügungsberechtigung des T. V. läßt sich nur durch den Nachweis der Nichtunentgeltlichkeit des zugrunde liegenden Rechtsgeschäftes, also durch den Beweis einer negativen Tatsache, führen.
2. Der Beweis einer negativen Tatsache ist aber einerseits im Rahmen des § 29 GBO. nicht möglich, andererseits, wie gezeigt wurde, eine unbedingte Notwendigkeit für den Grundbuchverkehr, schon um die Grundbuchordnung nicht sich selbst widersprechend erscheinen zu lassen.

Also besteht hier eine Lücke im Gesetz, die zweifellos ausgefüllt werden muß, und zwar, da im Gesetz kein analoger Fall vorgesehen ist, durch das freie Ermessen des Grundbuchamts, das demnach jede überhaupt zustehende Beweismöglichkeit zur Anwendung bringen kann.

Daß der Grundbuchrichter sich dieser Prüfungspflicht zu unterziehen hat, geht aus dem weiteren formellen Eintragungserfordernis der §§ 40, 41 GBO. hervor.

Nach § 40 Abs. 1 GBO. soll eine Eintragung nur erfolgen, wenn derjenige, dessen Recht dadurch betroffen wird, eingetragen ist. Betroffen im Sinne des § 40 GBO. ist der Erbe, nicht der T. V., da dem Erben das materielle Recht zusteht, der Erbe muß also als neuer Gläubiger eingetragen werden, nicht etwa der T. V.[1]) Nur muß gemäß § 53 GBO. bei der Eintragung des Erben der T. V. mit eingetragen werden. § 41, 1 GBO. bestimmt nun als Ausnahme von § 40 Abs. 1, daß, wenn es sich um Übertragung oder Aufhebung von Grundstücksrechten handelt, der Erbe nicht eingetragen zu werden braucht, sofern die Bewilligung gegen den Erben wirksam ist.

---

[1]) So richtig KG., Entsch. d. OLG. Bd. VII, S. 375.

Unwirksam ist aber eine Eintragungsbewilligung des T. V. dem Erben gegenüber, wenn der EB. eine unentgeltliche Verfügung zugrunde liegt. Der Richter muß also, um den Vorschriften des § 41 zu genügen, das Causalgeschäft prüfen. Kommt er nun zu dem Ergebnis, daß eine unentgeltliche Verfügung der Eintragungsbewilligung zugrunde liegt, so ist diese nicht verwertbar und kann auch nicht etwa dadurch zu einer Eintragung führen, daß der Erbe zum Schutze seiner Rechte vor der Eintragung des neuen Gläubigers eingetragen wird.

Handelt aber der Grundbuchrichter diesen grundbuchrechtlichen Vorschriften zuwider (§§ 19, 41 GBO.), so ist die Eintragung, da die Grundbuchvorschriften nur ordnungsmäßig sind, an und für sich formell wirksam. Es handelt sich nur um die Frage, ob die Berechtigten diese Eintragung gegen sich gelten lassen müssen, oder ob sie evtl. einen Berichtigungsanspruch gegen den neuen Gläubiger haben.

§ 12.

Kann nun etwa die Eintragungsbewilligung dadurch ersetzt werden, daß die Berechtigten des § 2205 BGB. (Erben, Nachlaßgläubiger und Vermächtnisnehmer) zu dieser Eintragungsbewilligung ihre Zustimmung geben? (§ 185 BGB.)

Dabei ist zunächst die Frage zu erwägen, ob evtl. die Eintragung selbst oder nur die Eintragungsbewilligung durch Zustimmung der Beteiligten konvaleszieren kann.

Daß § 185 BGB. überhaupt im Grundbuchverkehr Anwendung findet, geht aus seiner Entstehungsgeschichte hervor, auf die besonders das KG.[1]) bei Behandlung dieser Frage hinweist.

Danach war das dem § 185 BGB. zugrundeliegende allgemeine Prinzip noch im I. Entwurf durch 3 Sondervorschriften, die §§ 310, 830, 876 zum Ausdruck gebracht. Davon bestimmte § 830, daß die Eintragungsbewilligung, welche

[1]) J. E. KG. Bd. 21 S. A. 156.

von einer zur wirksamen Erteilung der Bewilligung nicht berechtigten Person abgegeben wird, wirksam sei, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erteilt werde, u.s.w. Die zweite Kommission [1]) faßte die drei gesonderten Konvaleszenzfälle zusammen und bildete aus dem sie beherrschenden Grundgedanken den § 127 a (§ 185 BGB.). Daraus erhellt, daß auch im § 187 BGB. noch die Vorschriften des sich auf den Grundbuchverkehr beziehenden § 830 I. Entw. enthalten sind, sodaß mit Recht aus der Entstehungsgeschichte geschlossen werden kann, daß die Konvaleszenz von Verfügungen Nichtberechtigter auch im Grundbuchverkehr Anwendung finden soll.

Diese Ansicht wird auch sonst allgemein in der Literatur [2]) gebilligt.

Streitig ist aber, was eigentlich konvaleszieren kann: die auf Grund der Verfügung eines Nichtberechtigten geschehene Eintragung, d. h. Eintragungsbewilligung und Eintragung zusammen, oder auch schon die Eintragungsbewilligung eines Nichtberechtigten für sich.

Daß schon die EB. allein konvaleszieren könne, begründet Güthe [3]) damit, daß § 185 in dem 3. Abschnitte des I. Teiles des BGB. stehe, der die Überschrift „Rechtsgeschäfte" führt. Da nun unter dem im § 185 BGB. verwendeten Begriffe Verfügung in erster Linie der in dem rechtsgeschäftlichen Akte bestehende Teil der Verfügung zu verstehen sei, so müsse auch aus dem die Grundbucheintragung bildenden „EB. und Eintragung" der nicht rechtsgeschäftliche Teil, der behördliche Teil der Eintragung selbst für den Begriff der zu konvaleszierenden Verfügung im Sinne des § 185 BGB. ausscheiden. Daraus folge

1. daß die Eintragungsbewilligung schon selbst eine

---

[1]) Prot. S. 361.

[2]) OLG. VII S. 8, V. S. 418; V. S. 420. RG. 54 S. 366 ff. Planck, Bd. I 1./2. Aufl. S. 323 Nr. 1 zu § 185. Güthe, Bd. I S. 352 ff. Fuchs-Arnheim, zu § 20 Nr. 7 ff. Turnau-Förster, S. 91 zu § 873.

[3]) Güthe, I S. 352 f.

Verfügung sei, ohne daß die Eintragung hinzuzutreten brauche,

2. daß die Eintragungsbewilligung allein konvaleszieren könne.

Die gegenteilige Ansicht[1]) geht, m. E. mit Recht, dahin, daß die EB. selbst noch keine Verfügung sei, sondern erst mit der Eintragung zusammen zu einer solchen werde, da erst mit der Eintragung die zu dem Begriff der Verfügung notwendige Rechtsänderung eintrete.

Die Frage aber, ob die Rechtsänderung erst mit der Eintragung oder vielleicht schon mit der EB. eintrete, wird davon abhängen, ob der Bewilligende an seine Erklärung gebunden ist, sodaß ihm schon mit der EB. tatsächlich nicht mehr die freie Verfügung über das Recht zusteht. Das ist aber nicht der Fall. Denn selbst, wenn sich der Bewilligende ausdrücklich verpflichtet hat, die Erklärung nicht zurücknehmen zu wollen, wird er es mit Zustimmung der Gegenpartei stets tun können.

Einige Entscheidungen des RG. und KG.[2]) teilen die Ansicht Güthes. Sie halten die EB. allein schon für eine Verfügung und deshalb eine Konvalescenz für möglich, doch nur eine der Eintragungsbewilligung vorausgehende, indem sie darauf hinweisen, daß die EB. eines Nichtberechtigten (nach § 134 BGB.) nichtig sei, eine nichtige einseitige Willenserklärung aber durch nachträgliche Genehmigung nicht geheilt werden könne.

In späteren Entscheidungen nimmt vor allem das KG.[3]) insofern eine Mittelmeinung zwischen den beiden extremen Ansichten ein, als es eine Rechtsänderung durch die EB. nur dann für vorliegend erachten will, wenn der Bewil-

[1]) Eccius, in D. J. Z. 1902 S. 62ff. S. 95. In Gruchot 47, 65ff. Kretzschmar S. 190. Zentrl.-Bl. f. F. G. II S. 812.

[2]) RG. Bd. 54 S. 366ff. KG. J. 26 S. 145; 21 S. 150. OLG. V. S. 418, 419.

[3]) J. E. KG. 21 S. 198; 25. S. 273. OLG. VII, 49. Planck: § 111, Anm. 2; § 1398 Anm. 1. Neumann: § 111 Anm. 3, § 1398 Anm. 2.

ligende durch die Eintragungsbewilligung an die Eintragung festgebunden ist. Wie oben gezeigt wurde, kann aber eine vollkommene Bindung nie eintreten, sodaß der Fall, daß schon durch die Eintragungsbewilligung eine Rechtsänderung herbeigeführt, die EB. also eine konvaleszierbare Verfügung sein könne, ausscheide. Damit fällt aber auch die Ansicht Güthes.

Demnach kann — eigentlich — nur die eingetragene Verfügung des Nichtberechtigten genehmigt werden. Eigentlich, denn diese ganze Frage hat, wie Förster mit Recht betont, nur theoretische Bedeutung,[1]) da tatsächlich derjenige, der eine Eintragungsbewilligung vorher oder nachher genehmigt, dasselbe Ziel im Auge hat, wie wenn er eine fertige Eintragung genehmigt oder durch Zustimmung zur Eintragungsbewilligung in die daraufhin vorzunehmende Eintragung einwilligt, nämlich dem unsicheren Rechtszustande eine bestimmte Befestigung zu geben.

Eine solche Zustimmung ist also vielleicht theoretisch denkbar, indessen kann tatsächlich eine derartige Konvaleszenz nicht immer vor sich gehen. Dabei sind zwei Fälle zu unterscheiden: Die Genehmigung erfolgt vor und sie erfolgt nach der Beendigung der Testamentsvollstreckung.

Soll die Zustimmung vorher erfolgen, so ist sie nicht durchführbar. Die Zustimmung ist nämlich eine Willenserklärung, und diese müssen vor dem Grundbuchamt in der in § 29 GBO. für Erklärungen vorgeschriebenen Art und Weise erfolgen. Die einzelne Zustimmung wäre in jenen Formen wohl möglich. Die Zustimmung müßte aber von sämtlichen Begünstigten abgegeben werden, also auch von allen Nachlaßgläubigern. Sind nun aber auch nur einige Nachlaßgläubiger unbekannt, wie das meist zu sein pflegt, so könnte eine allgemeine Zustimmung nicht zustande kommen. Genehmigten aber angeblich alle Gläubiger, so dürfte das dem Grundbuchamte noch nicht genügen. Der ordentliche Grundbuchrichter würde vielmehr verpflichtet

---

[1]) Förster, Das Recht 1903, S. 57.

sein, noch einen Nachweis darüber zu verlangen, daß alle Gläubiger ausnahmslos zugestimmt haben, was sich aber in den Formen des § 29 GBO. wieder nicht beweisen läßt.

Somit ist vor Beendigung der Testamentsvollstreckung aus diesem Grunde eine etwaige Konvaleszenz durch die Berechtigten nicht möglich. Anders nach Beendigung der Testamentsvollstreckung. Mit der Beendigung der Testamentsvollstreckung erhält der Erbe das freie Verfügungsrecht über die Nachlaßgegenstände, die bisher der Verfügung des T. V. unterlagen. Deshalb ist jetzt der Erbe der Alleinberechtigte. Den Nachlaßgläubigern und Vermächtnisnehmern ist jedes Bestimmungsrecht über den Nachlaß genommen. Eine Konvaleszenz könnte also nur noch vom Erben ausgehen, und dieser ist, wie eben gezeigt wurde, imstande, Willenserklärungen dem Grundbuchamte gegenüber in den Formen des § 29 GBO. abzugeben.

Demnach ist nach Beendigung der Testamentsvollstreckung die Konvaleszenz der Eintragungsbewilligung aufgrund einer unentgeltlichen Verfügung des T. V. möglich.

§ 13.

Falls nun die Beteiligten der an sich formell gültigen Rechtsänderung nicht zustimmen, so fragt es sich, ob und auf welche Weise sie ihr verletztes Recht geltend machen können. Dabei ist, um dies nur kurz anzudeuten, auf die materiellrechtlichen Vorschriften, insbesondere §§ 873, 892 BGB. zurückzugreifen.

§ 873 verlangt, abgesehen von der Eintragung für materiell wirksame Rechtsänderungen, die Einigung des Berechtigten und des anderen Teils. Handelt der T. V. § 2205 Satz 3 BGB. zuwider, so ist er Nichtberechtigter. Es liegt also gar keine Einigung der Berechtigten vor und die Berechtigten, bezw. nach Beendigung der Testamentsvollstreckung die Erben allein, haben gemäß § 894 BGB. einen Berichtigungsanspruch gegen den neuen Gläubiger;

es sei denn, daß dieser schon über das ihm formell zustehende Recht weiter verfügt hat, sodaß zugunsten des neuen Erwerbers die §§ 891, 892 BGB. platzgreifen. Zugunsten des 1. Erwerbers lehne ich die Anwendung des § 892 BGB. deswegen ab, weil es sich bei der Beschränkung des Testamentsvollstreckers gemäß § 2205 Satz 3 BGB. nicht um eine eintragungsfähige und damit eintragungsbedürftige Verfügungsbeschränkung handelt.

Lebenslauf.

Ich, Albert Lomnitz, bin geboren am 19. Dezember 1886 zu Schweidnitz in Schlesien als Sohn des Kaufmanns Julius Lomnitz und seiner Ehefrau Sophie geb. Elkusch. Meine Gymnasialbildung erhielt ich zunächst auf dem Gymnasium meiner Vaterstadt und von Ostern 1901 ab auf dem städt. Gymnasium zu Liegnitz, wohin meine Mutter nach dem Tode meines Vaters übergesiedelt war. Ostern 1906 erhielt ich das Zeugnis der Reife.

Hierauf studierte ich die Rechts- und Staatswissenschaften, und zwar ein Semester in München, drei Semester in Berlin und zwei Semester in Breslau.

Am 13. Oktober 1909 bestand ich in Breslau die erste juristische Staatsprüfung. Am 28. Oktober 1909 wurde ich als Referendar bei dem Königl. Amtsgericht Haynau i. Schl. vereidigt, wo ich auch gegenwärtig noch beschäftigt bin.

Am 26. November 1909 bestand ich das Rigorosum.